

L'enfant dont la garde est contestée : sa place dans le processus de décision

Renée Joyal

Volume 37, Number 1, 1996

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043378ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/043378ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Joyal, R. (1996). L'enfant dont la garde est contestée : sa place dans le processus de décision. *Les Cahiers de droit*, 37(1), 51–62. <https://doi.org/10.7202/043378ar>

Article abstract

Throughout the lively development in the theory of rights during the 20th century, many Declarations, Pacts and Covenants concerning the rights of children were adopted internationally. In Canada and Quebec, the concept of the child's interest—soon to be bolstered by that of children's right—was the source of many legislative and jurisprudential changes. It is from this standpoint that several specific aspects involving children in the decision-making process is worth being examined. In matters relating to disputed custody, for instance, efforts were made to enhance the child's point of view with a preponderant place by means of psychological or psychosocial expertises, testimony by the child and his or her representation by an attorney. If insufficiently supported by the system, might these procedures not result in the negation of the very rights that they were intended to protect ?

L'enfant dont la garde est contestée : sa place dans le processus de décision*

Renée JOYAL**

Dans la foulée du développement de la théorie des droits au xx^e siècle, plusieurs déclarations, pactes et conventions concernant les droits des enfants sont adoptés au niveau international. Au Canada et au Québec, la notion d'intérêt de l'enfant, bientôt relayée par celle des droits de l'enfant, est à l'origine de nombreux changements législatifs et jurisprudentiels. C'est dans cette perspective qu'il convient d'examiner certaines modalités particulières des processus de décision où des enfants sont en cause. En matière de garde contestée notamment, on a voulu assurer une place prépondérante à l'expression de leur point de vue par l'entremise de l'expertise psychologique ou psychosociale, du témoignage de l'enfant visé et de la représentation de celui-ci par un avocat. Insuffisamment balisées, ces modalités de l'instance ne risquent-elles pas toutefois d'aboutir à la négation des droits qu'elles ont pour mission de promouvoir ?

Throughout the lively development in the theory of rights during the 20th century, many Declarations, Pacts and Covenants concerning the rights of children were adopted internationally. In Canada and Quebec, the concept of the child's interest—soon to be bolstered by that of children's right—was the source of many legislative and jurisprudential changes. It is from this standpoint that several specific aspects involving children in the decision-making process is worth being examined. In matters relating to

* Le présent texte a été élaboré et rédigé dans le cadre d'une recherche dirigée par Renée Joyal et Anne Quéniart. Ont largement contribué à la recherche documentaire Suzanne Jobin et François Fournier.

** Professeure, Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal.

disputed custody, for instance, efforts were made to enhance the child's point of view with a preponderant place by means of psychological or psychosocial expertises, testimony by the child and his or her representation by an attorney. If insufficiently supported by the system, might these procedures not result in the negation of the very rights that they were intended to protect ?

| | <i>Pages</i> |
|---|--------------|
| 1. L'arrière-plan historique | 53 |
| 1.1 Les innovations du xx ^e siècle..... | 54 |
| 1.2 L'évolution particulière du Québec..... | 55 |
| 2. La mise en place de modalités particulières | 56 |
| 2.1 L'expertise | 56 |
| 2.2 Le témoignage de l'enfant | 58 |
| 2.3 La représentation de l'enfant par un avocat | 59 |
| Conclusion | 61 |

L'enfant dont les parents se séparent ou divorcent se retrouve au centre d'un conflit qu'il n'a ni voulu ni suscité et sur lequel il n'a pratiquement aucune prise. À côté des enjeux matériels que sont la répartition des obligations alimentaires et le partage des biens, il y a cet enjeu moral et affectif qu'est l'enfant lui-même, indivisible dans sa personne certes, mais divisible, et par conséquent partageable, dans son espace et dans son temps. Garde exclusive à l'un des parents avec ou sans droit de visite et de sortie à l'autre, garde conjointe, garde partagée, toutes les nuances sont possibles. Qui en décidera et en fonction de quoi ?

Pour éviter que l'enfant ne devienne le bouc émissaire ou ne serve de monnaie d'échange dans ce maelström d'intérêts, de turbulences et de rancœurs où s'enlissent parfois les conjoints, nombreux sont ceux qui préconisent une approche de « médecine douce » : sont privilégiés dans cette perspective la recherche d'une entente à l'amiable entre les parents au sujet de la garde de l'enfant et, si nécessaire, le recours à la médiation¹ ; la mise en œuvre de formules de garde conjointe ou partagée fondées sur la coopération

1. Des dispositions récemment introduites dans le *Code de procédure civile* (art. 815.2.1 et suiv.) prévoient la médiation obligatoire dans certains cas : ces dispositions ne sont pas encore en vigueur.

des père et mère et destinées à maintenir le maximum de contacts possible entre l'enfant et ses deux parents est également mise en avant.

La plupart du temps, la garde de l'enfant fera effectivement l'objet d'un consentement entre les parents. Dans un certain nombre de cas cependant, une entente à l'amiable ne pourra être conclue : il y aura alors déploiement de l'artillerie lourde de la preuve et de la procédure en vue d'un arbitrage judiciaire. Dans la recherche de la décision la plus éclairée possible et la plus respectueuse possible des droits et de l'intérêt de l'enfant, il s'agira pour le tribunal de préciser au plus près les besoins de celui-ci, sa personnalité, ses perceptions, les ressources respectives des parents et la situation familiale dans son ensemble.

L'appréciation des faits reposera sur la preuve testimoniale et documentaire usuelle provenant des parties ; le litige pourra également donner lieu à des modalités particulières destinées à mettre en lumière la situation de l'enfant et à faire ressortir son point de vue : ce sont l'expertise psychologique ou psychosociale, le témoignage de l'enfant et la représentation de celui-ci par un avocat.

Étroitement tributaires du mouvement en faveur des droits de l'enfant, ces modalités font l'objet de plusieurs dispositions législatives qu'on trouve principalement dans le *Code civil du Québec*, le *Code de procédure civile* et dans les *Règles de pratique de la cour supérieure du Québec en matière familiale*. Formulées à la pièce, quoique dans les meilleures intentions du monde, ces dispositions n'ont donné lieu ni à une action concertée au moment de leur adoption ni, par la suite, à une révision fondée sur des recherches approfondies.

La littérature disponible sur la question, tant pour le Québec que pour le Canada anglais, laisse cependant voir que ces trois pratiques sont susceptibles, si elles ne sont pas suffisamment balisées, de produire des effets pervers incompatibles avec l'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits, contrairement aux objectifs visés.

Avant d'aborder ces questions, il n'est certes pas inutile d'effectuer un bref retour afin de mieux comprendre l'origine de ces développements récents et les circonstances particulières de leur apparition.

1. L'arrière-plan historique

Toute la problématique étudiée ici doit en effet être replacée dans le contexte de l'émergence de la théorie des droits de l'homme au XVIII^e siècle. Si le Siècle des lumières a jeté les bases de tous les développements ultérieurs en la matière, il a aussi préconisé pour l'enfant un sort meilleur, qui lui serait assuré surtout à travers les droits fondamentaux reconnus à ses

parents, mais dont on aperçoit déjà une illustration particulière dans la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 : au titre premier de celle-ci figure en effet une disposition visant l'établissement général de secours publics pour élever les enfants abandonnés. Par la suite, sous l'influence des doctrines socialistes qui apparaissent au cours du XIX^e siècle, se développera la notion de droits sociaux. Celle-ci se traduira dans diverses chartes et déclarations de droits adoptées après la Première Guerre mondiale, sous la forme notamment du droit à l'instruction, du droit au repos et au loisir et du droit à la sécurité sociale. Les droits sociaux occuperont l'avant-scène dans les pays communistes, mais ils fleuriront également dans plusieurs démocraties libérales ; ils exerceront une influence indéniable sur la situation des enfants.

1.1 Les innovations du XX^e siècle

En ce qui concerne les enfants, toutefois, le XX^e siècle apportera deux innovations majeures : on verra en effet apparaître, en 1924, puis en 1948 et en 1959, des déclarations des droits de l'enfant à visée universelle. Y seront progressivement reconnus le droit de l'enfant à un nom, à une nationalité, à la sécurité sociale, à l'instruction élémentaire, au jeu et aux activités récréatives, ainsi que celui de grandir dans son milieu familial et d'être secouru en priorité en cas de catastrophe ou de guerre ; le droit des enfants handicapés, sans famille ou indigents à un soutien particulier et le droit de tous les enfants à la protection contre la négligence, la cruauté, l'exploitation et la discrimination. Ces déclarations n'ont qu'une portée morale. L'adoption par l'Organisation des Nations Unies de la *Convention relative aux droits de l'enfant* vient toutefois, en 1989, conférer une portée accrue à cette volonté commune : le nouvel instrument constitue en effet un traité qui lie les États parties. La nouvelle Convention réaffirme les droits antérieurement reconnus et énonce des droits qui ne figuraient pas dans les déclarations antérieures, par exemple, les libertés de conscience, d'expression et d'association, le droit à la protection contre l'enlèvement ou contre l'adoption abusive².

La reconnaissance de l'enfant comme personne à part entière, indépendamment de ses parents et parfois à leur encontre, est aussi une innovation du XX^e siècle. Elle se traduit notamment par une capacité judiciaire accrue, c'est-à-dire non seulement le droit reconnu depuis longtemps d'engager une procédure ou d'être partie à un litige par l'intermédiaire de son tuteur ou autrement, mais encore et surtout le droit d'être entendu dans tout litige le

2. Voir, à ce sujet : R. JOYAL, « La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant. Son impact chez nous et dans le monde », *Apprentissage et socialisation*, vol. 13, n° 4, 1990, p. 241.

concernant, droit d'ailleurs explicitement reconnu par la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies.

1.2 L'évolution particulière du Québec

Il convient de rappeler l'évolution particulière du droit québécois à cet égard. C'est au cours du XIX^e siècle qu'apparaissent les premières lois portant précisément sur les enfants. Elles se proposent de remédier à certains problèmes d'abandon et de délinquance aggravés par la révolution industrielle et l'urbanisation : *Acte concernant les écoles d'industrie* et *Acte concernant les écoles de réforme* en 1869³. Puis, à partir de 1880, sont adoptés l'*Acte des manufactures*⁴ et, subséquemment, la *Loi des établissements industriels et commerciaux*⁵, destinés à contrer les abus les plus criants de l'industrie naissante, à tenir les très jeunes enfants éloignés des manufactures tout en favorisant leur scolarisation, bien qu'il faille attendre 1943 et le gouvernement réformiste d'Adélard Godbout pour qu'advienne la fréquentation scolaire obligatoire⁶.

Cette préoccupation se manifeste aussi dans certaines décisions judiciaires relatives à la garde d'enfants, soit que les parents disputent celle-ci à des tiers, soit qu'ils se la disputent entre eux. Plutôt que de s'en remettre à des critères tout faits et quasi automatiques, les juges se penchent progressivement sur la situation de l'enfant lui-même et recherchent son avantage, son bien-être, son intérêt⁷.

Cette dernière notion fera fortune : elle deviendra la référence obligée, celle qui fondera et justifiera l'intervention publique, que ce soit celle du législateur, du juge ou du travailleur social. Elle sera aussi battue en brèche, en raison de son caractère potentiellement arbitraire. Ses détracteurs voudront lui substituer la notion censément plus objective de droits, « mise en orbite » par les divers instruments internationaux adoptés au cours du siècle. S'ensuivra une véritable tension dialectique entre les tenants de l'intérêt et les partisans des droits de l'enfant, conflit que d'aucuns ont tenté

3. *Acte concernant les écoles d'industrie*, S.C. 1869, c. 17 ; *Acte concernant les écoles de réforme*, S.Q. 1869, c. 18.

4. *Acte des manufactures*, S.Q. 1885, c. 32.

5. *Loi des établissements industriels et commerciaux*, S.Q. 1894, c. 30.

6. *Loi concernant la fréquentation scolaire obligatoire*, S.Q. 1943, c. 13.

7. Voir, à ce sujet, R. JOYAL, « La notion d'intérêt de l'enfant. Sa place dans la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », (1991) 62 *Revue internationale de droit pénal* 785.

de neutraliser en invoquant les caractères convergent et complémentaire des deux notions⁸.

2. La mise en place de modalités particulières

Quoi qu'il en soit, la nouvelle perception de l'enfant sujet de droits, dont le développement et le bien-être sont au cœur des préoccupations des juges et des législateurs et qui devient un acteur social et judiciaire de premier plan, donne lieu à la mise en place de diverses stratégies ou méthodes. C'est ainsi qu'en matière de garde contestée, notamment, se développent les trois modalités de l'instance que sont l'expertise, le témoignage de l'enfant et la représentation de celui-ci par un avocat.

2.1 L'expertise

Tant le *Code civil du Québec* (art. 2857) que le *Code de procédure civile* (art. 414) reconnaissent l'expertise comme un outil d'information au service du tribunal et un moyen de preuve à la disposition des parties à un litige ; c'est presque exclusivement sous cet angle que cette pratique est réglementée. Ainsi l'article 402.1 du *Code de procédure civile* prévoit-il la production au greffe du rapport d'expertise et l'envoi de celui-ci aux parties à l'intérieur de certains délais.

Les *Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière familiale* comportent toutefois certaines normes plus précises à ce sujet. On y énonce, aux articles 23.2 et suivants, la possibilité pour le juge de rendre, du consentement des parties, une ordonnance d'expertise qui sera effectuée par le Service d'expertise psychosociale lorsque des enfants mineurs sont touchés. L'ordonnance en indique alors l'objet précis.

La manière de mener une expertise relève par ailleurs des codes de déontologie des professionnels visés (psychologues, psychiatres, travailleurs sociaux), lesquels ne formulent que des normes générales à cet égard, alors qu'un encadrement plus rigoureux serait sans doute opportun, surtout lorsque des enfants ou des adolescents sont en cause.

Quant au nombre maximal d'expertises possibles dans le cadre d'un litige, il n'en est question que dans la *Loi sur la preuve au Canada*⁹, applicable en matière de divorce ; cette loi limite le nombre de témoins experts à cinq par partie ; or, si on estime généralement que le fait de subir trois

8. Sur cette question, voir notamment : GROUPE DE TRAVAIL SUR L'ÉVOLUTION DE LA LOI SUR LA PROTECTION DE LA JEUNESSE, *La protection de la jeunesse, plus qu'une loi*, rapport, Québec, Ministère de la Santé et des Services sociaux et Ministère de la Justice, 1992, pp. 36-37.

9. *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5.

expertises représente déjà un lourd fardeau pour un jeune enfant, il est arrivé, surtout lorsqu'une garde contestée se complique d'une allégation d'abus sexuels, qu'un enfant ait à subir cinq ou six expertises en l'espace de quelques mois. En pratique, il n'y a donc pas de véritables balises en la matière (sauf la prérogative du tribunal de refuser un ajournement ou une remise aux fins d'expertise s'il est convaincu qu'il existe un abus manifeste). Il y a là un problème.

Plusieurs auteurs et praticiens s'interrogent d'ailleurs sur l'opportunité des expertises multiples, et cela, sous divers angles. Le fait de soumettre un enfant à de nombreuses expertises à l'intérieur d'un court laps de temps ne devient-il pas en soi une forme d'abus¹⁰? L'insistance répétée à explorer des souvenirs parfois pénibles, des sentiments et des émotions souvent aussi intenses qu'ambigus n'est-elle pas de nature à aggraver chez l'enfant l'angoisse et la lassitude déjà ressenties en raison de la rupture parentale¹¹?

On peut aussi penser que l'enfant opposera parfois à ces incursions répétées dans sa sphère intime des réactions de retrait ou encore de complaisance, voire de désinvolture. Sa version des faits et l'expression de ses perceptions pourront s'en trouver affectées, d'où une moins grande fiabilité de ses propos¹².

Pour éviter que l'expertise ne donne lieu à tous ces effets non désirés, plusieurs propositions circulent: l'une, soutenue par le juge en chef Michaud, propose qu'il n'y ait qu'une seule expertise en matière de garde d'enfants, avec, bien entendu, la possibilité pour toutes les parties d'en contester les données et conclusions et de contre-interroger l'expert¹³. Cette solution est déjà appliquée en Californie; une autre, avancée par le juge Gratton, préconise la possibilité d'une seule expertise et d'une seule contre-expertise¹⁴; enfin, dans un mémoire datant d'avril 1994, le Barreau du

-
10. H. VAN GIJSEGHEM, «Les causes de divorce ou de droits d'accès comme contexte de la fausse allégation d'abus sexuel», dans H. VAN GIJSEGHEM (dir.), *L'enfant mis à nu*, Montréal, Éditions du Méridien, 1992, p. 123; J.C. YUILLE, «L'entrevue de l'enfant dans un contexte d'investigation et l'évaluation systématique de sa déclaration», dans H. VAN GIJSEGHEM (dir.), *op. cit.*, p. 87.
 11. P. LAMONTAGNE, «La théorie des interactions circulaires intrafamiliales comme schéma de compréhension de la fausse allégation d'abus sexuel», dans H. VAN GIJSEGHEM (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 159; L. ARÈS, «Le psychologue et la protection de l'enfant», dans *Les enfants devant la justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, p. 118.
 12. J. YUILLE, *loc. cit.*, note 10, 72 et 87; P. LAMONTAGNE, «L'expertise psycho-légale au tribunal de la famille», dans *Les enfants devant la justice*, *op. cit.*, note 11, p. 271.
 13. P.-A. MICHAUD, «Le psychologue expert tel que perçu par le juge», allocution prononcée à Montréal, 29 avril 1993, p. 7.
 14. B. GRATTON et A. DRAGOMIR, «Aspects juridiques concernant la preuve de l'existence d'abus sexuels en matière de protection de la jeunesse, familiale ou criminelle», (1993) 23 *R.D.U.S.* 343, 373.

Québec propose que les expertises en matière de garde soient faites de consentement, à défaut de quoi il n'y aurait qu'une expertise par partie, sauf autorisation du tribunal¹⁵.

Quelle que soit la solution retenue, elle devra tenter de réconcilier les objectifs suivants : l'éclairage aussi complet que possible de la situation de l'enfant, le droit pour chaque partie de faire valoir son point de vue et la protection de l'enfant contre des pressions et des délais indus.

Cela sans compter l'élaboration de normes déontologiques susceptibles de mieux encadrer cette pratique et de minimiser, voire d'éliminer, le recours à des techniques d'entrevue ou d'observation dont le caractère fragile, sinon douteux a été signalé par nombre d'auteurs¹⁶.

2.2 Le témoignage de l'enfant

Le *Code civil du Québec*, à son article 34, prévoit que « le tribunal doit, chaque fois qu'il est saisi d'une demande mettant en jeu l'intérêt d'un enfant, lui donner la possibilité d'être entendu si son âge et son discernement le permettent ». L'enfant peut témoigner sous serment ou sous affirmation solennelle ou il peut être admis à témoigner sans ces formalités si le tribunal estime qu'il peut rapporter les faits dont il a eu connaissance et comprend le devoir de dire la vérité. Tel est le sens de l'article 2844 du *Code civil du Québec*. La *Loi sur la preuve au Canada*¹⁷ contient des dispositions analogues.

Le *Code de procédure civile* facilite le témoignage de l'enfant en permettant que celui-ci soit reçu en Chambre ou même exceptionnellement à l'endroit où l'enfant réside (art. 394.1).

Ces dispositions traduisent le droit de l'enfant d'être entendu, droit fondamental reconnu par la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies, comme nous l'avons signalé en introduction. Ce droit est toutefois assorti d'une contrepartie : l'enfant apte à témoigner pourra être contraint de le faire.

15. BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire complémentaire sur le droit de la famille concernant le psychologue expert unique*, Montréal, Barreau du Québec, 1994, p. 6.

16. H. VAN GIJSEGHM, « Les fausses allégations d'abus sexuel dans les causes de divorce, de garde d'enfants, de droits de visite », *Revue canadienne de psycho-éducation*, vol. 20, n° 1, 1991, p. 75-91 ; L. MORIN et C. BOISCLAIR, « La preuve d'abus sexuel : allégations, déclarations et l'évaluation d'expert », (1992) 23 *R.D.U.S.* 59, 64 et suiv. ; L. MORIN, « Les profils en matière d'allégations d'abus sexuel : une invitation à la prudence », (1993) 23 *R.D.U.S.* 415.

17. *Loi sur la preuve au Canada*, précitée, note 9.

Sur l'opportunité du témoignage de l'enfant lorsque la garde de celui-ci est contestée, deux écoles de pensée s'affrontent. Plusieurs auteurs sont d'avis que l'enfant doit être tenu à distance du litige conjugal et qu'on doit par conséquent éviter autant que possible de le faire témoigner. Ils insistent sur la vulnérabilité de l'enfant appelé à témoigner dans le cadre d'un litige opposant son père et sa mère et sur l'anxiété extrême qui peut en résulter pour celui-ci ; ils soulignent les risques que l'enfant soit manipulé par l'un ou l'autre de ses parents ou qu'il développe un sentiment de culpabilité à l'égard du parent que la décision judiciaire n'a pas avantage¹⁸.

D'autres auteurs estiment au contraire qu'il faut favoriser le témoignage de l'enfant, sauf circonstances exceptionnelles, tant pour le bien-être de celui-ci que sous l'angle de la justesse de la décision ; ils considèrent qu'il est presque toujours opportun que l'enfant soit entendu dans un litige de garde¹⁹.

S'il y a des balises à poser à cet égard, il nous semble qu'elles devraient permettre à l'enfant qui le désire d'être entendu dans les meilleures conditions possible compte tenu de son âge, de son tempérament et des circonstances dans lesquelles il se trouve. Quant à l'enfant réticent à témoigner, mais qu'on peut, dans l'état actuel du droit québécois, contraindre à le faire, n'y aurait-il pas lieu de créer en sa faveur un mécanisme de dispense analogue à celui qui existe en vertu de la *Loi sur la protection de la jeunesse*²⁰ ? L'article 85.3 de celle-ci prévoit en effet que « le tribunal peut, à titre exceptionnel, dispenser un enfant de témoigner s'il considère que le fait de rendre témoignage pourrait porter préjudice au développement mental et affectif de cet enfant ». La discrétion judiciaire pourrait même être élargie chaque fois que, de l'avis du tribunal, le témoignage de l'enfant réticent à témoigner n'apparaîtrait pas indispensable à une pleine compréhension des faits en litige.

2.3 La représentation de l'enfant par un avocat

Le droit d'être représenté par un avocat est désormais vu comme un droit fondamental, tant pour l'enfant que pour l'adulte. Toute personne a le droit de se faire représenter par un avocat ou d'en être assistée devant tout

18. Voir, notamment : P. LAMONTAGNE, *loc. cit.*, note 11, 270 ; C.M. HUDDART et J.C. ENSMINGER, «Hearing the Voice of Children», (1992) 8 *C.F.L.Q.* 95, 101 ; R.K. ALLEN, «A Survey of Child Custody Law in Ontario», (1993) 9 *C.F.L.Q.* 11, 17.

19. En ce sens, voir A.P. NASMITH, «The Inchoate Voice», (1992) 8 *C.F.L.Q.* 43, 55 ; C. BERNARD, R. WARD et B.M. KNOPPERS, «Best Interest of the Child Exposed: A Portrait of Quebec Custody and Protection Law», (1992) 11 *Can. J. Fam. L.* 127, 132 et suiv.

20. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

tribunal, énonce l'article 34 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec²¹.

Pour les enfants, ce droit est souvent associé au droit d'être entendu. C'est de cette façon, en tout cas, qu'il est présenté dans le mémoire publié par le Barreau du Québec en février 1995 sur cette question²². Ce document relie le droit à la représentation par un avocat au droit d'être entendu tel qu'il est formulé dans la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies. Si on lit bien l'article 12 de ce texte, on constate toutefois que le droit d'être entendu n'y est pas défini comme comportant nécessairement celui d'être représenté par un avocat, mais qu'il peut très bien se traduire, entre autres, par cette modalité particulière.

S'agissant d'enfants, c'est-à-dire de personnes qui, à cause de leur âge et de leur situation sociale, sont souvent dans l'impossibilité de retenir les services d'un avocat, la mise en œuvre de ce droit à la représentation est favorisée par une disposition particulière. L'article 394.1 du *Code de procédure civile* prévoit en effet que le tribunal qui constate que l'intérêt d'une personne mineure est en jeu et qu'il faut pour en assurer la sauvegarde que celle-ci soit représentée peut, même d'office, prendre diverses mesures afin d'assurer cette représentation, notamment ajourner l'instruction afin qu'un procureur puisse être constitué, statuer sur la fixation des honoraires payables à ce procureur et déterminer à qui en incombera le paiement.

Dans les faits, les honoraires du procureur de l'enfant sont payés la plupart du temps par l'aide juridique, la Commission des services juridiques ayant établi à cet égard des critères assez larges. Il convient de se réjouir de cette approche qui favorise l'indépendance du procureur de l'enfant.

En matière de protection de la jeunesse et de jeunes contrevenants, la majorité des enfants visés sont représentés par un procureur, en raison de la nature de ces litiges, de la formulation des textes applicables et de certaines pratiques qui se sont instaurées dans ces contextes. Tel n'est cependant pas le cas en matière de garde contestée, bien qu'on y observe une présence accrue de procureurs de l'enfant au cours des dernières années. Sur l'opportunité pour l'enfant d'être représenté par un avocat, l'unanimité des auteurs est loin d'être faite. Certains appellent de leurs vœux la représentation de l'enfant par un avocat, au nom du droit d'être entendu et de celui d'être

21. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

22. BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur la représentation des enfants par avocat*, Montréal, Barreau du Québec, 1995, p. 13.

protégé de décisions possiblement arbitraires ; d'autres y voient pour l'enfant un moyen d'éviter toute manipulation et de faire valoir son propre point de vue, y compris sa volonté de ne pas témoigner, le cas échéant²³.

À l'inverse, bon nombre d'auteurs associent à la représentation de l'enfant par un avocat divers inconvénients, dont des délais accrus pendant lesquels l'enfant est dans l'incertitude sur son sort, un coût émotif potentiellement important, des atteintes possibles à la dynamique familiale déjà gravement perturbée par la séparation ou le divorce des parents. Cette pratique ne devrait pas devenir automatique : au contraire, avant de désigner un procureur à l'enfant, il faudrait voir si celui-ci est susceptible d'en retirer un avantage tangible, estiment quelques auteurs²⁴.

Dans son mémoire, le Barreau du Québec considère que la discrétion judiciaire actuelle quant à la désignation d'un procureur à l'enfant dont la garde est contestée est satisfaisante²⁵. On peut toutefois s'interroger sur l'opportunité que soient déterminées à cet égard certaines balises destinées à faciliter la décision du tribunal. Dans quelles circonstances la représentation de l'enfant pourrait-elle être considérée comme nécessaire ou tout simplement souhaitable, ou encore inutile ?

Il va sans dire également que le mandat du procureur de l'enfant revêt un caractère particulier. Il diffère selon que l'enfant est ou n'est pas suffisamment mature pour donner un mandat à son avocat. Il doit, de plus, être exécuté selon des normes déontologiques appropriées, lesquelles restent largement à définir. Enfin, le procureur de l'enfant a besoin d'une formation particulière pour s'acquitter au mieux de son mandat. Sur ces divers points, le mémoire du Barreau sur la représentation des enfants par un avocat comporte d'excellentes recommandations²⁶.

Conclusion

Que conclure à l'issue de notre tour d'horizon, sinon que la place de l'enfant dans le processus de décision en matière de garde contestée reste à

23. C. BERNARD, R. WARD et B.M. KNOPPERS, *loc. cit.*, note 19, 138 ; H. LÉTOURNEAU, « L'avocat pour l'enfant, l'expérience québécoise », (1987) *R.D.F.* 137, 145 ; A.P. NASMITH, *loc. cit.*, note 19, 48 et 49.

24. Voir, à ce sujet : les propos de Hubert van Gijsegem, rapportés dans BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 22, p. 8, à la note 31 ; L. GAUTHIER, « Considérations à l'usage exclusif des penseurs du rôle de l'avocat de l'enfant », document inédit présenté en décembre 1992 devant le Comité du Barreau du Québec sur la représentation des enfants par un avocat ; M.M. BERNSTEIN, « Towards a New Approach to Child Representation : How Less Is More in Child Welfare Proceedings », (1994) 10 *C.F.L.Q.* 187, 188-189.

25. BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 22, p. 19.

26. *Id.*, p. 47 et suiv.

débattre ? Si l'on a une idée plus précise des questions qui se posent à cet égard, les réponses, elles, sont loin d'être évidentes dans tous les cas. Sans l'ombre d'un doute, la situation de l'enfant soumis à une expertise, appelé à témoigner ou susceptible d'être représenté par un avocat dans ce contexte mérite d'être plus amplement examinée. L'approche retenue pour ce faire nous semble devoir être résolument interdisciplinaire.

Les enjeux de la question sont à la fois d'ordre juridique, psychologique et sociologique.

Les droits fondamentaux de l'enfant sont en cause, de même que les garanties juridiques que peut légitimement revendiquer toute partie à un litige ; tout cela, dans un contexte de crise où il faut chercher à préserver le bien-être et le développement de l'enfant et à sauvegarder ce qui peut l'être de l'entité familiale et des relations parents-enfant.

L'enfant au centre des débats qui le concernent, oui. Mais pas au centre d'une machine qui le broie. Les modalités mises en place doivent donc être conçues et aménagées pour lui, adaptées à sa situation et non servir prioritairement les intérêts de professionnels toujours plus nombreux qui, aussi bien intentionnés soient-ils, peuvent à l'occasion imposer la loi du plus fort, non seulement au détriment, mais parfois même au nom, des droits des plus faibles.